

Долгожданная приватизация портов: чего стоит ожидать и на что рассчитывать инвесторам?

Александр Кифак, управляющий партнер ЮФ «АНК», адвокат

Дмитрий Колодяжный, руководитель практики сопровождения инвестиционных проектов ЮФ «АНК», адвокат

Основные положения законопроекта о приватизации в сравнении с нынешним приватизационным законодательством и применительно к перспективе приватизации объектов портовой инфраструктуры.

Как известно, последние несколько лет отечественная портовая отрасль живет в ожидании предстоящей приватизации – разговоры об этом активно ведутся (как на государственном уровне, так и в бизнес-сообществе) с момента портовой реформы 2013 года, которая разделила все объекты портовой инфраструктуры на две группы:

– стратегические объекты (акватория, причалы и другие гидротехнические сооружения, навигационное оборудование и прочие объекты портовой инфраструктуры общего пользования), которые императивно закреплены в государственной собственности (в ведении ГП «Администрация морских портов Украины») и не могут быть отданы в «частные руки»;

– нестратегические объекты (тыловые складские площадки, перегрузочная техника и т.д.), которые сегодня закреплены за государственными предприятиями – портами (государственными

стивидорными компаниями) и в отношении которых реформа взяла курс на будущую приватизацию.

Предпосылок для такой приватизации множество: это и настойчивые требования Международного валютного фонда, направленные на поиск дополнительных источников для наполнения государственного бюджета, и отсутствие у государства самостоятельной возможности поддерживать существующую портовую инфраструктуру в надлежащем техническом состоянии, модернизировать ее в соответствии с запросами рынка, и наличие широкого спроса со стороны инвесторов на масштабное инвестирование в развитие портовой инфраструктуры посредством ее приватизации и т.д.

Однако все это время тема приватизации в портах остается исключительно на уровне разговоров и до конкретных практических шагов дело не доходит, чему есть две основные причины:

– первая причина – наличие всех государственных стивидорных компаний в Перечне объектов, запрещенных к приватизации, утвержденных Законом Украины;

– вторая причина – несовершенное приватизационное законодательство, которое создает целый ряд спорных и проблемных вопросов применительно к приватизации объектов портовой инфраструктуры.

Что касается первой причины, то разговоры о ее устранении ведутся уже давно – за последние несколько лет в Парламенте был зарегистрирован ряд законопроектов, предусматривающих исключение государственных стивидорных компаний из Перечня объектов, запрещенных к приватизации. Однако пока ни один из таких законопроектов рассмотрен и одобрен не был, из чего можно сделать вывод, что окончательная политическая воля дать старт приватизации отечественных портов пока еще не проявлена.

В отношении же второй причины (несовершенного законодательства) важно отметить, что недавно в Парламенте был

зарегистрирован новый законопроект о приватизации, разработанный Фондом госимущества, который предусматривает внесение изменений в общую приватизационную процедуру в Украине (не только в отношении портов, а в принципе).

В этой связи, предлагаем рассмотреть основные положения этого законопроекта в сравнении с нынешним приватизационным законодательством и применительно к перспективе приватизации объектов портовой инфраструктуры.

Форма законопроекта

Законопроект предусматривает внесение изменений в нынешний Закон о приватизации государственного имущества (который регулирует общие вопросы, связанные с процедурой приватизации в Украине) путем изложения этого закона полностью в новой редакции, а также отмену отдельных законодательных актов, которые регулируют вопросы приватизации специальных объектов (малой приватизации, приватизации объектов незавершенного строительства, агропромышленного комплекса, нефтеперерабатывающей промышленности и т.д.).

Таким образом, законопроект предусматривает систематизацию в одном нормативном акте всех основных законодательных норм, регулирующих приватизационные вопросы, и установление единых унифицированных правил приватизации для всех отраслей экономики.

Объекты, не подлежащие приватизации

Как и нынешнее законодательство, новый законопроект предусматривает **список объектов, которые не могут быть переданы на приватизацию**. Этот список не претерпел серьезных изменений. Применительно к портовой отрасли он включает:

– объекты, включенные в перечень объектов (предприятий), не подлежащих приватизации, утвержденный отдельным законом (речь идет именно об упомянутом выше Перечне, в который сегодня включены все государственные стивидорные компании;

– акватория, причалы, прочие гидротехнические сооружения, навигационное оборудование и прочие объекты портовой инфраструктуры общего пользования.

То есть, в части определения списка объектов, не подлежащих приватизации, никаких существенных изменений законопроект не предусматривает.

Вместе с тем, в законопроекте появилась одна очень важная норма, которая в нынешнем законодательстве отсутствует. Эта норма говорит о том, что даже если то или иное госпредприятие включено в Перечень объектов (предприятий), запрещенных к приватизации, то, несмотря на это, имущество, которое находится на балансе такого госпредприятия, но не входит в состав его целостного имущественного комплекса, обеспечивающего его основную хозяйственную деятельность или не используется в такой деятельности в течение последних 3-х лет, все равно может быть приватизировано (как отдельное индивидуально определенное имущество).

Безусловно, с точки зрения возможной приватизации объектов портовой инфраструктуры это очень положительная норма, поскольку она создает определенную закладку под возможную приватизацию активов государственных стивидорных компаний, даже если они так и не будут исключены из вышеуказанного Перечня объектов (предприятий), запрещенных к приватизации.

Объекты приватизации

В отношении вопроса определения объектов, которые могут быть переданы на приватизацию, законопроект так же не внес существенных изменений: как и сегодня, к таким объектам относятся целостные имущественные комплексы госпредприятий, акции (доли) государства в хозяйственных обществах, отдельное индивидуально определенное имущество (движимое и недвижимое), объекты незавершенного строительства, объекты социально-культурного назначения.

Однако законопроект предусматривает существенное изменение

подхода к классификации таких объектов и, следовательно, процедуры приватизации каждой группы в рамках такой классификации.

Так, нынешнее законодательство предусматривает разделение всех объектов приватизации на шесть групп: А, В, Г, Д, Е, Ж. При этом, в соответствии с ранее принятым Постановлением Кабинета Министров № 271 от 12.05.2015 г., все государственные стивидорные компании были отнесены к объектам потенциальной приватизации по группе Г, в рамках которой приватизации подлежат целостные имущественные комплексы предприятий (как единое целое) или акции государства в таких предприятиях (после их преобразования в акционерные общества посредством корпоратизации). Авторы настоящей статьи (наряду с множеством других специалистов в портовой сфере) неоднократно подчеркивали, что подобный подход может быть успешно применен к приватизации некрупных однопрофильных портов, однако в отношении больших портов, работающих с разными категориями грузов и обремененных длительными договорными отношениями с инвесторами, применение такого подхода заведет приватизацию в тупик, поскольку активы таких портов имеет смысл приватизировать только пообъектно – как индивидуально определенное имущество (сегодня это группа А).

Новый законопроект предусматривает отмену описанной выше классификации и предполагает, что все объекты приватизации разделяются только на две группы: объекты большой и малой приватизации. При этом:

– к объектам большой приватизации относятся целостные имущественные комплексы госпредприятий и акции государства в акционерных обществах, перечень которых должен быть отдельно утвержден Кабинетом Министров с подачи Фонда госимущества;

– все прочие государственные активы относятся к объектам малой приватизации, в том числе, и объекты незавершенного строительства, а также отдельное индивидуально определенное

(движимое и недвижимое) имущество.

При этом из формулировок законопроекта не до конца понятно, может ли приватизироваться по процедуре малой приватизации то или иное индивидуально определенное имущество, находящееся на балансе госпредприятия, целостный имущественный комплекс которого относится к объектам большой приватизации (что было бы оптимальным, с точки зрения перспектив приватизации в портах). На наш взгляд, возможность такой пообъектной приватизации следует из «духа» законопроекта, однако буквально в нем это не прописано. В этой связи, с учетом неоднозначных формулировок законопроекта и во избежание последующих разночтений при его трактовке и применении органами приватизации, мы считали бы правильным дополнить этот законопроект специальной нормой, дающей однозначный ответ на этот вопрос.

Органы приватизации

Как и по нынешнему законодательству, в соответствии с законопроектом роль органов приватизации (которые выступают продавцами объектов приватизации и основными организаторами приватизационной процедуры) являются органы Фонда госимущества (в частности, его региональные отделения). При этом, безусловно, важную роль в приватизационных процессах отводится и органу управления (применительно к портам – Министерство инфраструктуры).

Кроме того, согласно законопроекту, применительно к объектам большой приватизации (см. выше) основные решения в рамках процедуры приватизации принимаются на уровне Кабинета Министров, как правило, с привлечением независимых советников (консультантов) на конкурсных началах (исключение составляют международные финансовые организации, членом которых является Украина, которые могут быть привлечены Кабмином в качестве советников вне конкурса; кроме того, в отдельных случаях Кабмин вправе принять решение о проведении приватизации объектов большой приватизации без привлечения советников).

Покупатели объектов приватизации

В этом вопросе законопроект также не вносит существенных изменений, в сравнении с нынешним законодательством.

Так, правом участвовать в приватизационной процедуре, как и сегодня, наделяются физические и юридически лица резиденты и нерезиденты.

Как и нынешнее законодательство, законопроект предусматривает, что не могут выступать покупателями объектов приватизации следующие лица:

- физические и юридические лица (и связанные с ними лица), которые являются резидентами государства, признанного государством-агрессором по решению Парламента Украины, а также резидентом государства, в отношении которого Украиной применены санкции (а также компании, в которых такие лица являются бенефициарными владельцами и/или владеют 10% и более корпоративных прав);
- физические и юридические лица, которые являются резидентами оффшорных зон или государств, включенных FATF в список стран, которые не сотрудничают в сфере противодействия отмыванию преступных доходов (а также компании, в которых такие лица являются бенефициарными владельцами и/или владеют более, чем 50% корпоративных прав);
- государственные органы, предприятия и хозяйственные общества, их сотрудники.

Из нового, что предусмотрено законопроектом в отношении этого вопроса, важно отметить включение в перечень лиц, которые не могут выступать покупателями объектов приватизации:

- * советников (консультантов), привлеченных Кабмином к процессу приватизации;
- * лиц, которые ранее участвовали в приватизационной процедуре, выступали покупателями других объектов приватизации, но с

которым были расторгнуты договорные отношения по причине нарушения обязательств со стороны таких лиц.

Процедура (этапы) приватизации

Фундаментальных изменений в сегодняшнюю приватизационную процедуру законопроект не вносит. Вместе с тем, ввиду изменения классификации объектов приватизации (см. выше) соответствующим образом изменяется и процедура их приватизации.

Так, законопроект предусматривает следующие этапы в рамках процедуры по приватизации:

* Инициирование включения соответствующего объекта приватизации в перечень объектов, подлежащих приватизации (такая инициатива может исходить как от региональных отделений Фонда госимущества или Мининфраструктуры как органа управления, так и от потенциальных покупателей);

* **Принятие решения о включении соответствующего объекта в перечень объектов, подлежащих приватизации (в отношении объектов большой приватизации такое решение принимается Кабмином с подачи Фонда госимущества, а в отношении объектов малой приватизации – центральным офисом Фонда госимущества, с учетом мнения Мининфраструктуры).** Такие перечни (и все изменения к ним) подлежат опубликованию в официальных СМИ, а также на сайте Фонда госимущества.

* После включения соответствующего объекта в вышеуказанный перечень соответствующее региональное отделение Фонда госимущества должно принять решение (в форме приказа) о приватизации такого объекта. Такое решение подлежит опубликованию в официальных СМИ, а также на сайте Фонда госимущества.

* Передача функций по управлению имуществом, в отношении которого принято решение о приватизации, от Мининфраструктуры к соответствующему региональному отделению Фонда госимущества

(функции по управлению не передаются в отношении таких объектов малой приватизации как объекты незавершенного строительства, отдельное индивидуально определенное имущество, объекты социально-культурного назначения).

* Проведение подготовительных мероприятий, необходимых для приватизации (инвентаризация, оценка, аудит, преобразование госпредприятия в акционерное общество (в случае, если приватизация такого предприятия осуществляется посредством продажи акций) и т.д.)

* Непосредственное проведение приватизации одним из двух способов, предусмотренных законопроектом (аукцион или выкуп) (см. ниже).

* Заключение договора купли-продажи с покупателем.

* Официальное опубликование результатов приватизации.

Ограничения, действующие в период приватизационной процедуры

Действующее сегодня законодательство предусматривает запрет на осуществление сделок, предметом которых являются объекты, в отношении которых принято решение о приватизации.

Законопроект несколько изменяет подход к этому вопросу, разрешая такие сделки, но только с согласия соответствующего регионального отделения Фонда госимущества.

В частности, законопроект предусматривает, что с момента принятия решения о приватизации целостного имущественного комплекса госпредприятия или контрольного пакета акций хозяйственного общества без получения вышеуказанного согласия не допускается совершение, среди прочего, следующих сделок в отношении имущества, входящего в состав целостного имущественного комплекса такого госпредприятия / хозяйственного общества:

– сделок, направленных на отчуждение такого имущества, уменьшение его стоимости или размера;

- сделок по передаче такого имущества в аренду или под залог;
- любых других сделок, исполнение которых должно осуществляться в течение более шести месяцев;
- любых сделок, не являющимися типичными для хозяйственной деятельности приватизируемого предприятия, а также сделок, заключаемых на условиях, отличающихся от рыночных;
- любых сделок, стоимость предмета которых (из расчета за 12 месяцев) превышает два процента от годовой стоимости активов приватизируемого предприятия или превышает размер минимальной заработной платы более, чем в двести пятьдесят раз;
- списание имущества;
- прекращение обязательств третьих лиц перед приватизируемыми предприятиями путем зачета встречных однородных требований;
- реорганизация приватизируемых предприятий; - сокращения штата работников приватизируемых предприятий.

В случае совершения подобных сделок и действий без согласования с региональным отделением Фонда госимущества, это дает основания для последующего признания таких сделок и действий недействительными в судебном порядке (в том числе, по иску покупателя объекта приватизации).

Также законопроект предусматривает новое ограничение в отношении того, что в случае принятия решения о приватизации целостного имущественного комплекса госпредприятия не допускается возбуждение судебных дел о банкротстве такого предприятия, а уже начатые дела о банкротстве подлежат закрытию (кроме дел о банкротстве, инициированных органом управления самого предприятия, а не его кредиторами).

Способы приватизации

В отношении перечня способов приватизации законопроект предусматривает систематизацию и упорядочивание

законодательных норм, регулирующих данный вопрос, однако ключевых изменений по сути вопроса не вносит.

Так, законопроект сохраняет существующие сегодня два глобальных способа приватизации:

- конкурсный (путем проведения аукциона);*
- внеконкурсный (путем выкупа объекта приватизации единственным претендентом-покупателем).*

В отношении конкурсного способа (аукциона) законопроект предусматривает две его возможных разновидности:

- аукцион с условиями** – победителем в котором становится не только тот претендент, который предложил наибольшую цену, но и тот, который согласился принять на себя дополнительные приватизационные условия (к примеру, по гарантированию определенного объема грузопотока и т.д.). При этом **приватизация объектов большой приватизации (см. выше) допускается только через аукцион с условиями, которые утверждаются Кабинетом Министров (равно как и стартовая цена продажи, заявляемая на таком аукционе)**. Также аукцион с условиями обязателен для приватизации объектов незавершенного строительства (такие условия должны предусматривать достройку или разбор таких объектов);
- аукцион без условий** – победителем в котором становится тот претендент, который предложил наибольшую цену, без каких-либо дополнительных обязательств.

Из новшеств законопроекта можно также отметить возможность проведения аукциона в электронной форме – в режиме онлайн в интернете.

Что же касается внеконкурсного способа приватизации (выкупа), законопроект предусматривает следующие основания для этого:

*** Если на аукцион подана заявка только от одного покупателя.** Важно также учитывать, что в отношении объектов

большой приватизации (см. выше) даже если на аукцион по продаже таких объектов подана заявка только от одного покупателя, то применение выкупа как внеконкурсного способа приватизации таких объектов происходит не автоматически, а на основании отдельного решения Кабинета Министров, принимаемого с подачи Фонда госимущества.

*** Если речь идет о приватизации отдельного индивидуально определенного имущества, ранее переданного в аренду, и арендатор по согласованию с арендодателем за свой счет улучшил объект аренды не менее чем на 25% (при условии, если на момент приватизации договор аренды действует (его срок не истек) и у арендатора нет задолженности по арендной плате). Более того, в законопроект включена прямая и однозначная норма о том, что в таком случае стоимость неотделимых улучшений, выполненных за счет арендатора и с согласия арендодателя, подлежит зачету при выкупе объекта приватизации.**

Такие положения законопроекта дают почву для оптимизма нынешним портовым операторам, вложившим существенные инвестиции в развитие объектов портовой инфраструктуры через арендный механизм, поскольку создают предпосылки для прозрачной и конструктивной трансформации нынешних арендных договоров в процессе предстоящей приватизации портов на условиях, выгодных как для государства (которое сможет получить оплату стоимости своих активов, переданных под контроль частных операторов для целей более эффективного ведения стивидорного бизнеса), так и для инвесторов (которые получат возможность закрепить свои права на создаваемые и оперируемые ими терминалы, опираясь на юридический механизм, более надежный нежели временное пользование по договору аренды).

При этом законопроект сохраняет норму нынешнего законодательства о том, что в случае, если объект аренды будет приватизирован третьим лицом (не арендатором), то договор аренды сохраняет свою силу для нового собственника объекта.

Также законопроект предусматривает отмену преимущественного права хозяйственного общества, созданного на базе трудового коллектива госпредприятия / его структурного подразделения, в состав которого вошло не менее 50% сотрудников предприятия / структурного подразделения, в процессе приватизации целостного имущественного комплекса такого предприятия / структурного подразделения, которое (преимущественное право) предусмотрено действующим законодательством.

Регулирующее право и порядок урегулирования споров по договорам купли-продажи объектов приватизации

Из прогрессивных новшеств, предусмотренных законопроектом, можно также отметить возможность подчинить регулирование отношений продавца и покупателя по договору купли-продажи объекта приватизации праву любого иностранного государства (кроме положений договора о переходе права собственности на объект приватизации, которые должны регулироваться исключительно императивными нормами законодательства Украины), а также возможность сторон передать споры, проистекающие из такого договора, на рассмотрение международного коммерческого арбитража.

Контроль за соблюдением условий договора купли-продажи объекта приватизации

Законопроект также предусматривает новые ограничения, направленные на установление контроля за надлежащим исполнением обязательств покупателя, предусмотренных договором купли-продажи объекта приватизации.

Так, согласно законопроекту, если договор купли-продажи предусматривает некие дополнительные обязательства покупателя объекта приватизации (к примеру, по обеспечению определенного объема грузопотока и т.д.), то в период действия таких обязательств любое последующее отчуждение объекта приватизации покупателем, а также передача его под залог и внесение в уставной фонд компании, возможно исключительно по согласованию

соответствующего регионального отделения Фонда госимущества и с обязательным сохранением вышеуказанных обязательств для нового собственника этого объекта.

ВЫВОДЫ:

Таким образом, можно отметить, что законопроект предусматривает совершенствование, упорядочивание и систематизацию существующих законодательных норм, регулирующих приватизационные отношения в Украине, а также некоторые серьезные новеллы в отношении отдельных вопросов, связанных с процедурой приватизации, однако глобальные изменения отечественной системы приватизации законопроектом не предусмотрены.

С точки зрения потенциально предстоящей приватизации портовой отрасли, ключевыми следует считать изменения в вопросе классификации объектов приватизации (уход от многочисленных групп таких объектов и оставление только двух групп: объектов малой и большой приватизации), а также закрепление и конкретизация предусмотренных нынешним законодательством льгот для арендаторов объектов малой приватизации (в отношении внеконкурсного выкупа таких объектов).

Важно также учитывать, что новый законопроект, как и нынешнее приватизационное законодательство, допускает возможность приватизации имущества государственных стивидорных компаний как в виде целостных имущественных комплексов, так и в виде отдельного индивидуально определенного имущества. И выбор того или иного способа согласно законопроекту, как и сегодня, зависит от политических решений Кабмина / Фонда госимущества / Мининфраструктуры.

Таким образом, для того, чтобы долгожданная приватизация нестратегических объектов портовой инфраструктуры наконец состоялась и проходила по наиболее эффективному пути, удовлетворяющему интересы как государства, так и инвесторов, необходимо чтобы:

- описанный законопроект был принят Парламентом и подписан Президентом в редакции, которая как минимум не должна ухудшить положения нынешней редакции, а в идеале должна быть несколько усовершенствована (с сохранением возможности арендаторов государственного имущества, улучшивших объекты аренды не менее чем на 25% от их стоимости с согласия арендодателей, на внеконкурсный выкуп таких объектов);
- государственные стивидорные компании были исключены Парламентом из Перечня объектов (предприятий), запрещенных к приватизации;
- Кабмин изменил ранее выбранный подход к приватизации портовой инфраструктуры, а именно, предусмотрел возможность приватизации отдельного индивидуально определенного портового имущества (малой приватизации) наряду с приватизацией целостных имущественных комплексов государственных стивидорных компаний.

На наш взгляд, в случае соблюдения всех перечисленных условий, есть все основания надеяться, что приватизация портовой отрасли даст положительный результат для развития отрасли и отечественной экономики в целом.

<http://cfts.org.ua/blogs>